

HealthySales Ltd.
Otto-von-Bismarck-Allee 4A,
DE-10557 Berlin, Deutschland

vertreten durch

Moot Court Team 8

Flavia Dudler
Julia Rohrer
Patrick Kaiser
Rim Zaouia

LSI
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, den 15. April 2011

Swiss Rules Fall Nr. 123456-2010

Klageantwort und Widerklage in Sachen

GLP Distribution (Switzerland) AG
Grienbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 3

gegen

HealthySales Ltd.
Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 8

Sehr geehrte Frau Präsidentin,

Sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

Im Namen und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

Rechtsbegehren:

1. Die Klage der Klägerin sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 500'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 28. November 2009 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin 1.

Sowie folgende **prozessuale Anträge:**

1. Es sei der Klägerin 2 die Teilnahme am Schiedsverfahren zu verweigern.
2. Eventualiter sei auf die Klage der Klägerin 2 mangels Zuständigkeit nicht einzutreten,
3. Subeventualiter sei sie abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin 2.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	III
Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidverzeichnis.....	VII
1. Einleitung.....	1
2. Die Schiedsklausel bezieht sich nur auf Klägerin 1	1
3. Die Schiedsgerichtsbarkeit bezieht sich bloss auf das vertragliche Verhältnis nach dem 30. März 2009	4
4. Qualifikation der Gesamtverhältnisse.....	6
4.1 Vor dem 30. März 2009	6
4.2 Nach dem 30. März 2009	6
4.3 Absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR.....	7
4.3.1 Verneinung der absichtlichen Täuschung	7
4.3.2 Täuschungsabsicht.....	9
4.3.3 Kausalität.....	9
4.4 Eventualiter	10
4.5 Fazit	11
5. Rückabwicklung des Distributionsvertrages und Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR.....	11
5.1 Rückabwicklung des Distributionsvertrages	11
5.2 Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR	11
5.2.2 Schaden	13
5.2.3 Kausalzusammenhang	13
5.2.5 Fazit.....	14
5.3.4 Widerrechtlichkeit	15
5.3.5 Verschulden.....	16
6. Alternativansprüche	16
6.1 Bösgläubige unechte GoA nach Art. 423 OR seit dem Distributionsvetrag	16
6.1.2 Kein Interesse der Geschäftsherrin und keine Gebotenheit der Geschäftsführung.....	17
6.1.3 Bösgläubiges Handeln.....	17
6.2 Bösgläubige unechte GoA vor dem Distributionsvertrag	18
6.3 Erstattung des eingenommenen Gewinns nach Art. 62 OR aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrages.....	18

6.3.1 Bereicherung des Bereicherungsschuldners	18
6.3.2 Entreicherung des Bereicherungsgläubigers	18
6.3.3 Keine Rechtfertigung für die Bereicherung	19
6.4.1 Zwischenfazit	20
6.5 Fazit	20
7. Anspruch der Klägerin 2	20
7.1 Unechte GoA nach Art. 423 OR seit dem Distributionsvertrag	20
7.2 Unechte GoA nach Art. 423 vor dem Distributionsvertrag.....	20
7.3 Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR nach dem Distributionsvertrag	21
7.4 Anspruch aus Ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR vor dem Distributionsvertrag	21
7.5 Fazit	21
8. Widerklage	21
8.1 Keine Verrechnung.....	21
8.2 Fazit	22

Literaturverzeichnis

Zitierhinweis:

Sofern nichts anderes angegeben ist, werden die nachstehenden Werke mit dem Nachnamen des Autors/der Autoren sowie mit der Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- | | |
|---|---|
| BERGER, BERNHARD/KELLERHALS, FRANZ | Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006. (Rz. 9, 10) |
| BRUNNER, CHRISTOPH/FISCHER, MARKUS | Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide in: Jusletter 19. Juni 2006. (Rz. 13) |
| BUCHER, EUGEN | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988. (Rz. 25) |
| GAUCH, PETER/SCHLUEP WALTER R. ET AL. | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008. (Rz. 3, 9, 11, 12, 13, 14, 17, 25, 26, 28, 69) |
| GIRSBERGER, DANIEL/HEINI, ANTON/KELLER, MAX/KOSTKIEWIEZ, JOLANTA K./SIEHR, KURT/VISCHER, FRANK/VOLKEN, PAUL | Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004. (zit. ZHK IPRG) (Rz. 11) |
| HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM P./WIEGAND, WOLFGANG | Basler Kommentar Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007. (zit. BSK-OR I) (Rz. 11, 35, 36, 40, 41, 44, 47, 51, 52) |
| HUGUENIN, CLAIRE | Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2008. (zit. HUGUENIN, OR AT) (Rz. 3, 28) |
| HUGUENIN, CLAIRE | Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2008. (Zit. HUGUENIN, OR BT) (Rz. 57, 60, 62) |
| KELLER, MAX/SCHAUFELBERGER, PETER C. | Das Schweizerische Schuldrecht, Band III: Unge-rechtfertigte Bereicherung, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a. M. 1990. (Rz. 69) |

- MEIER, ISAAK Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010. (Rz. 37)
- MÜLLER, CHEN M. in: FURRER, ANDREAS/SCHNYDER, ANTON K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht allgemeine Bestimmungen, Zürich 2010. (zit.: CHK-MÜLLER) (Rz. 52)
- PETITPIERRE, GILLES Commentaire Romand zu Art. 62-67 OR, Basel 2003. (Rz. 69)
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS/
BESSON, SÉBASTIEN Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich/Basel/Genf 2002. (Rz. 2, 5, 6)
- RITZ, PHILIP Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 2007. (Rz. 2)
- SANDROCK, OTTO Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr, SchiedsVZ 2005. (Rz. 2)
- TERCIER, PIERRE Le droit des obligations, 2. Aufl., Zürich 1999. (Rz. 69)
- VON THUR, ANDREAS/PETER,
HANS Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1979. (Rz. 39, 48)
- WEBER, ROLF H. Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. IV, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000. (zit.: BK-WEBER) (Rz. 36)
- ZUBERBÜHLER, TOBIAS/
MÜLLER, CHRISTOPH/
HABEGGER, PHILIPP Swiss Rules of International Arbitration. Commentary, Zürich/ Basel/ Genf 2005. (Rz. 4)

Entscheidungsverzeichnis

BGE 82 II 186	Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Juli 1956
BGE 88 II 410	Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. November 1962
BGE 98 II 96	Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. Mai 1972
BGE 99 II 131	Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Juni 1973
BGE 104 II 198	Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Juni 1978
BGE 116 II 431	Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Mai 1990
BGE 117 II 218	Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juli 1991
BGE 117 II 315	L'arrêt de la Ire Cour civile du 15 août 1991
BGE 117 II 404	Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1991
BGE 118 V 286	Urteil vom 10. November 1992
BGE 123 III 110	Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Februar 1997
BGE 123 III 204	Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juni 1997
BGE 123 III 306	L'arrêt de la Ire Cour civile du 6 mai 1997
BGE 129 III 727	L'arrêt de la Ire Cour civile 4P.115/2003 du 16 octobre 2003
BGE 130 III 345	Urteil der I. Zivilabteilung 4C.230/2003 vom 23. Dezember 2003
BGE 4A.128/2008	L'arrêt de la Ire Cour de droit civil du 19 août 2008
BGE 4C.280/1999	Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Januar 2000

1. Einleitung

- 1 Bis und mit Punkt 3.2 der Klageschrift stimmt die Beklagte der Klägerseite zu. Nun wird aber zu den weiteren verfahrensrechtlichen Streitpunkten Stellung genommen. Die Klägerseite führt in ihrer Klageschrift auf, dass das Schiedsgericht das Verfahren auf die Klägerin 2 ausdehnen soll, zudem seien auch die einzelnen Verträge vor dem 30. März 2009 der Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt. Zuerst wird auf die Parteistellung der Klägerin 2 eingegangen und erläutert, weshalb das Gericht von einer Ausdehnung des Verfahrens auf die Klägerin 2 absehen sollte. Danach wird aufgezeigt, dass sich die Schiedsgerichtsbarkeit bloss auf die Verträge nach dem Distributionsvertrag bezieht und die vorangehenden Verträge davon nicht miterfasst werden.

2. Die Schiedsklausel bezieht sich nur auf Klägerin 1

- 2 Wie die Klägerseite in der Klageschrift Punkt 3.2 erörtert hat, liegen dem Verfahren die Swiss Rules als SchO zugrunde, welche in Art. 4 Abs. 2 eine Kompetenzklausel enthalten. Diese erlaubt es dem Schiedsgericht, darüber zu entscheiden, ob sie das Verfahren auf eine Drittpartei ausdehnen möchte oder nicht (ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 4, Rz. 11 f.). Auch wenn Art. 4 Abs. 2 SchO dem Schiedsgericht ein grosses Ermessen zuweist, bedeutet dies nicht, dass sich eine Drittpartei eo ipso dem gängigen Verfahren anschliessen darf (ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 4, Rz. 12). Vielmehr sind weitere Kriterien massgeblich, insbesondere im Bezug auf Unternehmensgruppen eines Konzerns, welche das Schiedsgericht in seiner Entscheidung mitberücksichtigen sollte. Dabei muss vor allem die Tragweite der Schiedsklausel selbst in den Vordergrund gestellt werden, insbesondere der „wirkliche Parteiwille“. Technisch gesehen geht es also um die Frage, wer tatsächlich als Partei von der Schiedsklausel erfasst ist und sich als Folge darauf berufen kann (POUDRET/BESSON, Rz. 250 ff.). In diesem Zusammenhang stellt die Klägerseite auf die sogenannte *group of companies*-Doktrin ab (RITZ, S. 77), bei der es darum geht, aus konzernrechtlichen Überlegungen das Verfahren auf verbundene Unternehmen, i.c. auf die Muttergesellschaft, zu erweitern [Klageschrift (im folgenden KS genannt), Rz. 15] mit Verweis auf RITZ, S.72 f.). Diese nicht unbestrittene Praxis hat das Bundesgericht gewiss in einigen Fallkonstellationen angewendet, sofern die Muttergesellschaft wesentlich an der Vertragserfüllung beteiligt war, insbesondere im diesbezüglichen Leitentscheid BGE 129 III 727. Das darin enthaltene Argument, dass eine Ausdehnung gestattet sei, wenn der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste, dass eine Drittpartei beim Abschluss

oder bei der Erfüllung am Vertrag und der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung beteiligt sein sollte, ohne selbst den Formanforderungen des Art. 178 IPRG Genüge zu tragen, wurde von einem beträchtlichen Teil der Lehre kritisiert (s. POUURET/BESSON; SANDROCK). Im Jahr 2008 folgte ein weiterer Entscheid, der die Ansicht des Bundesgericht über die Ausdehnung einer Schiedsklausel auf eine Drittpartei präziserte, mitunter wieder einschränkte (BGE 4A. 128/2008). Es zeigte sich vor allem, dass das Bundesgericht bezüglich der *group of companies*-Doktrin das blosse Vorhandensein eines verbundenen Unternehmens nicht ausreichen lässt. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine Ausdehnung auf eine Drittpartei unter strikten Voraussetzungen möglich ist, wenn die Drittpartei in der Vertragserfüllung eine dermassen wesentliche Rolle gespielt hat, dass es auf einen stillschweigenden Konsens aller Parteien hinausläuft (BGE 4A. 128/2008, E. 4.1.2 f.).

- 3 Dazu bringt die Klägerseite an, dass die Klägerin 2 wesentlich an der Vertragserfüllung beteiligt war, da sie jeweils unternehmensintern für die Lieferung der Produkte zuständig war. Um dieses Argument zu bekräftigen, führt die Klägerseite den vierten Satz des Art. 19 Abs. 2 DV auf, welcher folgenden Wortlaut enthält: „Die Lieferantin kann auch nach eigenem Ermessen ein mit ihr verbundenes Unternehmen bezeichnen, welches Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung erfüllt oder Berechtigungen aus dieser Vereinbarung erhalten soll“ (KB-10). Diese Klausel wird indessen, anders als die Klägerseite, nicht als Rechtsnachfolgetatbestand verstanden. Hier geht es im Grunde nur um die vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten von Gläubiger und Schuldner. Bezüglich der Klägerin 1 beinhaltet dies die Pflicht, die Produkte vertragsmässig an die Beklagte zu leisten, im Gegenzug verpflichtet sich diese, der Klägerin 1 dafür einen Kaufpreis zu zahlen. Dieses in Art. 19 Abs. 2 DV enthaltene „freie Ermessen“ bezieht sich somit bloss auf die vertragscharakteristischen Hauptleistungen beider Parteien und nicht auf die aus dem Distributionsvertrag resultierenden Rechte, am Schiedsverfahren teilzunehmen (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 330 ff.). Zusätzlich gilt der Grundsatz, dass wenn eine Klausel zweideutig formuliert ist, diese zugunsten der Partei ausgelegt wird, welche diese Klausel nicht aufgesetzt hat (in dubio contra stipulatorem; HUGUENIN, OR AT, Rz. 427).
- 4 In Satz zwei und drei von Art. 19 Abs. 2 DV heisst es, dass keine Partei berechtigt ist Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung ohne schriftliche Zustimmung der anderen Partei abzutreten und dass die Lieferantin ihre Rechte aus dieser Vereinbarung an ein verbundenes Unternehmen abtreten darf mit vorgängiger dreissigtägiger Notifikation an den Distributor. Eine schriftliche Zustimmung der Beklagten, damit die Klägerin 1 ihrer Muttergesellschaft die Rechte abtreten kann, hat nicht stattgefunden und auch die für die Klägerin 1 strengere

Regelung der dreissigtägigen Notifikation wurde nicht erfüllt. Die Klägerin 2 kann deshalb die Rechte von der Klägerin 1 nicht geltend machen.

- 5 Dazu kommt, dass es sich bei der Schiedsabrede in Art. 19 Abs. 6 DV um einen vom Hauptvertrag losgelösten und somit eigenständigen Vertrag handelt. Diese Schiedsklausel ist zwar in einem bestimmten Vertrag eingebaut, doch bleibt sie ein selbstständiger Vertrag zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten (POUDRET/BESSON, Rz. 163 ff.).
- 6 Wie sie den Vertrag zu gestalten hat, ist Sache der Klägerin 1. Ob sie nun aus konzernrechtlichen Strukturen mit der Klägerin 2 zusammenarbeitete, spielt i.c. keine Rolle. Als eigenständige juristische Person wird sie selbst im Vertrag als jene Partei bezeichnet, die für den Vertrieb der Produkte der Power-Linie zuständig ist (Präambel DV), d.h. ihr obliegt die gesamte Logistik für die Vertragsabwicklung. Aus diesem Grund hatte die Beklagte auch nicht im Sinne die Klägerin 2 in den Distributionsvertrag und in die Schiedsklausel zu integrieren (SV-Erw. Nr. 3). Es war niemals der „wirkliche oder implizierte Wille“ der Beklagten war, dass die Klägerin 2 in das Verfahren miteinbezogen wird. An dieser Stelle sei ausserdem zu erwähnen, dass es für die Ermittlung des Parteiwillens von Bedeutung ist, nicht lediglich auf den wirtschaftlichen Aspekt und das Vorhandensein einer Unternehmensgruppe abzustellen, sondern wichtige Elemente wie den Respekt des Vertragstextes und vor allem auch das Prinzip des Handels nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zu berücksichtigen (POUDRET/BESSON, Rz. 250 ff.).
- 7 Ferner muss auch hier der Grundsatz von Art. 68 OR berücksichtigt werden, der besagt, dass der Schuldner (Klägerin 1) nur dann persönlich zu leisten hat, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Bei der Lieferung von Produkten kann aber davon ausgegangen werden, dass es nicht auf die Person des Leistenden ankommt, sondern lediglich darauf, dass die Waren vertragsgemäss geliefert werden. Auf welche Art dies geschieht, ist Sache der Klägerin 1. Es wurde der Beklagten durch die zahlreichen Transaktionen schnell klar, dass die Klägerin 2 an der Lieferung der Produkte beteiligt war, doch spielte dies für das Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin 1 keine Rolle. Zudem wusste die Beklagte nichts über die tatsächlichen konzerninternen Verhältnisse zwischen den beiden Klägerinnen (SV-Erw. Nr. 3).
- 8 Aus diesen Überlegungen wird das Schiedsgericht gebeten, die Ausdehnung des Schiedsverfahrens auf die Klägerin 2 abzulehnen.

3. Die Schiedsgerichtsbarkeit bezieht sich bloss auf das vertragliche Verhältnis nach dem 30. März 2009

- 9 Eine Schiedsklausel, wie sie in Art. 19 Abs. 6 DV anzutreffen ist, gibt dem Schiedsgericht die Zuständigkeit um über die ihm vorgelegten Streitpunkte zu entscheiden. Die Grenzen dieser Klausel, d.h. deren objektiver Geltungsbereich, werden nach dem Willen der Parteien festgesetzt, was sich aus dem Grundsatz der Parteiautonomie ergibt (BERGER/KELLERHALS, Rz. 464 ff.). Der Wortlaut der Klausel lautet „sämtliche Streitigkeiten aus *dieser* Vereinbarung“, d.h. dessen Umfang legt sich direkt aus dem Distributionsvertrag als Fundament fest. Würde diese Formulierung genau analysiert, um den wirklichen Parteiwillen zu erkunden (Art. 18 OR), wäre jener Inhalt massgeblich, den die Parteien übereinstimmend gewollt haben (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1011 f.).
- 10 Die Klägerseite spricht die Formalisierung des Geschäftsverhältnisses an und führt auf, dass es sich vor und nach dem Distributionsvertrag um identische Streitgegenstände handelt (KS, Rz. 26). Das vertragliche Verhältnis zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten vor der Eingehung eines Distributionsverhältnisses basierte jedoch auf anderen Prämissen wie nach dessen Eingehung. Bei diesen Verträgen war das Verkaufsgebiet kein Vertragselement. Im ersten E-Mail zwischen der Beklagten und der Klägerin 2, resp. weitergeleitet an die Klägerin 1, gab die Beklagte ihren Willen kund, im indischen Subkontinent die Produkte der Klägerin 1 zu vertreiben. Daraufhin antwortete die Klägerin 1, dass zur Zeit kein Interesse bestünde, ihre Produkte in dieser Region zu veräussern. Gleichzeitig machte sie der Beklagten ein neues Angebot, erstmals ihre Produkte zu verkaufen, ohne dabei von einem bestimmten Verkaufsgebiet auszugehen (KB-2). Die daraufhin entstandenen einzelnen Kaufverträge basierten somit auf dem Konsens der Parteien, die Produkte an die Beklagte zu verkaufen, damit sie diese weiter zu veräussern versucht. Es wurde nie mehr explizit erwähnt, dass die Beklagte ausschliesslich im indischen Subkontinent zu verkaufen hatte. Sie gab ihr Bestes, um in dieser Region Abnehmer zu finden. Da ihr dies allerdings nicht gelang, suchte sie nach weiteren Abnehmern und fand diesen in Jim's Gym. Dieses vertragliche Verhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin 1 galt bis zur Einleitung des Distributionsvertrages, da es der Beklagten bewusst wurde, dass sie für die Lancierung der Produkte im indischen Subkontinent auf das Prädikat „offizieller Distributor“ angewiesen war und es aus diesem Grund am besten erschien, anstatt den einzelnen Kaufverträgen einen Distributionsvertrag einzugehen. Dies führte dazu, dass die Beklagte in ihrem E-Mail vom 10. Januar 2009 eine Anfrage zur Offertenstellung eines Distributionsvertrags machte. Damit zeigt sich, dass sie

vor dem Distributionsvertrag andere Vertragselemente als essentiell betrachtete als nach dem Distributionsvertrag. Aus diesem Grund ist es für die Beklagte nicht ersichtlich, weshalb das Schiedsgericht das frühere vertragliche Verhältnis zwischen ihr und der Klägerin 1 auch unter die Schiedsklausel subsumieren sollte. Mit einer umfassenden Zuständigkeit ist vor allem gemeint, dass „die Schiedsvereinbarung insofern autonom zu betrachten ist, als im Zweifel zu vermuten ist, dass die Parteien nicht nur Streitigkeiten über die Erfüllung ihrer gegenseitigen Vertragspflichten, sondern auch die Frage des Zustandekommens oder der Auflösung ihres Vertrages durch ein Schiedsgericht entscheiden lassen wollen“ (BERGER/KELLERHALS, Rz. 423). Das dem Distributionsvertrag vorhergehende vertragliche Verhältnis fällt nicht darunter, weil es nicht direkt mit dem Distributionsvertrag in Zusammenhang steht und die grundlegenden Vertragselemente andere waren. Die Beklagte stimmt der Klägerseite dahingehend zu, dass sich ein Teil des E-Mailverkehrs darauf bezog, einen Distributionsvertrag einzugehen. Nachdem die Klägerin 1 die Eingehung eines solchen jedoch ablehnte, war diese Frage vorerst auf Eis gelegt. Erst nachdem einige Kaufverträge zwischen den beiden Parteien durchgeführt wurden, kam diese Frage wieder zum Vorschein.

- 11 Der Distributionsvertrag selbst wurde nicht als Individualabrede zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten ausgehandelt, da es sich um einen seitens der Klägerin 1 vorverfassten Standardvertrag handelt [Einleitungsanzeige (im folgenden EA genannt), Rz. 11] und diesem somit AGB-Charakter zukommt (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1126a ff.; BSK-OR I, Art. 1 Rz. 47 ff.). Es erscheint der Beklagten nicht gerechtfertigt, wenn sich nun dieser Standardvertrag mit einer Schiedsabrede auch auf die Verhältnisse vor dessen Eingehung ausdehnen würde. Die Beklagte konnte bei Vertragsschluss im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass sich die vertraglichen Verhältnisse mit der Klägerin 1 vor dem Distributionsvertrag nicht mehr von einem staatlichen Gericht beurteilen lassen (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 1141 ff.). Zudem darf nicht vergessen werden, dass der Sinn und Zweck einer solchen Schiedsklausel auch darin zu sehen ist, dass sich die Parteien „nicht unbesehen in eine solche Klausel hineinmanövrieren lassen,“ (ZHK-IPRG, Art. 178, Rz. 21). Deshalb wäre es rechtsmissbräuchlich, die Tragweite der Schiedsgerichtsbarkeit auch auf diese einzelnen Kaufverträge zu erweitern. Somit lehnt die Beklagte das Argument ab, dass sich das Schiedsgericht auch mit den einzelnen Verträgen vor dem 30. März 2009 zu beschäftigen habe.

4. Qualifikation der Gesamtverhältnisse

4.1 Vor dem 30. März 2009

- 12 Es kann der Klägerin 1 bezüglich der Qualifikation der Verhältnisse vor dem 30. März 2009 als einzelne Kaufverträge nach Art. 184 ff. OR zugestimmt werden. Diese wurden einzeln abgewickelt (EA, Nr. 6-9). Die notwendigen übereinstimmenden Willenserklärungen bestanden zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten (Gauch/Schluep, Rz. 224 f.).
- 13 Das erste E-Mail an die Klägerin 2 kann noch nicht als Angebot verstanden werden (KB-1). Ein Angebot hat konkret zu sein (BRUNNER/FISCHER, Rz. 5). Es handelt sich bei einem Angebot um eine erste Willenserklärung, die zum Vertragsabschluss gehört. Der Antragsteller bekundet seinen Willen damit verbindlich (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 363 ff.). I.c. gilt KB-1 als eine Anfrage über die Möglichkeit des Vertriebs im indischen Subkontinent. Die Anfrage einer Möglichkeit ist nicht genug konkret, um als Angebot qualifiziert zu werden.
- 14 In einem weiteren E-Mail vom 10. Februar 2008 bot die unterdessen informierte Klägerin 1 der Beklagten eine einmalige Lieferung von 20 Paletten Power Bar an (KB-2). Die Klägerin 2 zeigte kein Interesse daran, den indischen Subkontinent als Vertriebsort hinzuzufügen (KB-1, EA, Nr. 5). Das E-Mail vom 10. Februar 2008 darf indessen als Angebot qualifiziert werden. Es ist genügend genau, dass die Beklagte es mit einfacher Zustimmung annehmen kann (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 365). Die Beklagte stimmte im E-Mail vom 14. Februar 2008 dem Kaufangebot zu (KB-3). Dieser Kaufvertrag entstand somit zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten. Weitere Absprachen bezüglich späteren Bestellungen bestanden nicht (SV-Erw., Nr. 12). Es handelt sich daher i.c. nicht um ein Dauerschuldverhältnis, da es keine Abmachungen über spätere Lieferungen gab (HUGUENIN OR BT, Rz. 27 f.).
- 15 Der weitere E-Mailverkehr fand zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten statt. Als Folge dessen sind bei den späteren Kaufverträgen die Klägerin 1 und die Beklagte Vertragspartner.

4.2 Nach dem 30. März 2009

- 16 Später wurde eine Formalisierung der Vertragsverhältnisse seitens der Beklagten gewünscht (KB-8). Dies wurde auch von der Klägerin 1 begrüsst, welche ihr im E-Mail vom 13. März 2009 einen Distributionsvertrag sandte (KB-9). Am 30. März 2009 schlossen die Klägerin 1 und die Beklagte diesen ab. Somit ging die Beklagte einen Vertrag mit der Klägerin 1, und nicht mit der Klägerin 2, ein.

4.3 Absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR

4.3.1 Verneinung der absichtlichen Täuschung

- 17 Bei der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR muss von einer Vertragspartei eine täuschende Handlung vorgenommen worden sein. Aufgrund dieser Täuschung befindet sich der andere Vertragspartner in einem Motivirrtum und schliesst in der Folge einen Vertrag ab (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 856). Die Handlung kann ein aktives Tun oder ein Schweigen darstellen. Das Schweigen kann jedoch nur eine Täuschung sein, wenn eine Pflicht zur Aufklärung über einen bestehenden Irrtum besteht (HUGUENIN OR AT, Rz. 494; BGE 117 II 218, E. 6a). Die Klägerin 1 impliziert in der Klageschrift, dass die Beklagte sie bezüglich des Distributionsgebietes ihrer Ware täuschte. Im ersten E-Mail an die Klägerin 2 wurde das Vertriebsgebiet im indischen Subkontinent angesprochen (KB-1). Es wurde der Klägerin 2 angeboten in diesem Gebiet zu vertreiben, da die Beklagte vermutete, dass sie die Produkte aufgrund Ernährungsproblemen in diesem Gebiet gut absetzen könne. Diese Aussage entspricht den Tatsachen. Die Klägerin 2 zeigte jedoch kein Interesse an einem Vertrieb ihrer Produkte in diesem Gebiet. In der Antwort auf das erste E-Mail wurde festgehalten, dass ein Vertrieb im indischen Subkontinent nicht vorgesehen sei, aber trotzdem eine einmalige Lieferung ausgeführt werden könnte (KB-2). Aus dieser Antwort kann gefolgert werden, dass das Distributionsgebiet nicht weiter zur Diskussion stand. Die Beklagte durfte annehmen, dass sie diese erste Lieferung nicht zwingend im indischen Subkontinent zu verkaufen hat. Der Betreff der folgenden E-Mails lautete zwar nach wie vor ‚Business Opportunities in India, Pakistan, Bangladesh‘, dieser darf aber darauf zurück geführt werden, dass es seitens der Klägerin 1 sowie der Beklagten lediglich unterlassen wurde, diesen zu ändern. Dies kann nicht als absichtliche täuschende Handlung verstanden werden (HUGUENIN OR AT, Rz. 494).
- 18 Die Beklagte verfügt über einen Business Plan, der auch einen Vertrieb ausserhalb des zuerst angesprochenen Vertriebsgebiets vorsieht (SV-Erw. Nr. 10). Dies ist absolut legitim. Die Beklagte zeigte im ersten E-Mail Interesse daran die Produkte im indischen Subkontinent zu vermarkten, weil sie vermutete, dass sie dort einen Absatzmarkt vorfinden würde. Im Business Plan werden noch andere Möglichkeiten aufgeführt, falls es nicht möglich ist im indischen Subkontinent zu vertreiben. Es wurde der Beklagten im E-Mail vom 10. Februar 2008 mitgeteilt, dass derzeit kein Bedarf an einem Distributor für den indischen Subkontinent besteht (KB-2). Trotzdem würden sie ihr eine einmalige Lieferung zustellen. Ein Business Plan ist genau auf eine solche Situation zugeschnitten. Die Beklagte erhielt trotzdem eine Lieferung und konnte diese nach ihrem Business Plan an einem anderen Ort absetzen, was zu

jenem Zeitpunkt in Ordnung zu sein schien, da die Klägerinnen wie oben aufgeführt, deutlich machten, dass der Verkauf im indischen Subkontinent momentan nicht von ihrem Interesse sei.

- 19 Als weiteres Indiz für eine absichtliche Täuschung führen die Klägerinnen die berufliche Bezeichnung des Absenders des E-Mails vom 25. Januar 2008, Alex Miller, auf. Die Bezeichnung lautet ‚Director New Business Development/India, Pakistan, Bangladesh‘. Damit dies als aktive Täuschung qualifiziert werden könnte, müsste die Berufsbezeichnung absichtlich zur Täuschung gewählt oder mindestens in Kauf genommen worden sein, dass der Vertragspartner aufgrund dessen getäuscht wird (HUGUENIN OR AT, Rz. 497). Als die Beklagte mit der Klägerin 2 erstmals Kontakt aufnahm, bot sie an, die Produkte im indischen Subkontinent zu vertreiben. Entsprechend dieser Absicht war die Berufsbezeichnung der zuständigen Person, i.c. Herr Miller, Director New Business Development / India, Pakistan, Bangladesh (KB-1). Diese beinhaltet das Wort ‚Development‘. Es kann daraus gefolgert werden, dass der Markt sich dort noch im Aufbau befindet, die Beklagte aber zuversichtlich war, dass sich der Markt gut entwickeln würde. Die Berufsbezeichnung war dementsprechend adäquat und kann daher nicht als Täuschung qualifiziert werden.
- 20 Die Aussage, dass die Produkte bei Bedarf in den indischen Subkontinent geliefert würden, ist nicht als täuschende Handlung zu verstehen (KB-3). Ausserdem wurde seitens der Klägerin 1 das Vertriebsgebiet „indischer Subkontinent“ nicht mehr angesprochen. Es ist bloss der gute Wille der Beklagten noch einmal klar zu machen, dass der Vertrieb bei Bedarf im indischen Subkontinent stattfinden würde. Diese Aussage ist keine Vorspiegelung falscher Tatsachen, sondern eine korrekte Information für die Klägerin 1.
- 21 Die Klägerinnen führen in ihrer Klageschrift weiter auf, dass die Beklagte die Produkte zum weltweiten Verkauf angeboten hätte (KS, Rz. 36). Bis zu dem Zeitpunkt als der Distributionsvertrag aufgesetzt wurde, äusserte sich die Klägerin 1 nicht zum Thema des weltweiten Anbietens der Produkte durch die Beklagte. Die Beklagte ging von Anfang an davon aus, dass sie die Produkte nötigenfalls auf einem anderen Markt absetzen könne, wenn dies im indischen Subkontinent nicht möglich sei (SV-Erw., Nr. 11). Es war ihr demnach nicht klar, dass die Klägerin 1 einen Vertrieb ausserhalb des indischen Subkontinentes nicht befürwortete.
- 22 Am 10. Januar 2009 sandte die Beklagte der Klägerin 1 ein E-Mail mit der Anfrage zur Formalisierung der Geschäftsverhältnisse (KB-8). Die Beklagte äusserte sich zur positiven Verkaufsentwicklung. Sie sprach jedoch nicht von einer positiven Verkaufsentwicklung im indischen Subkontinent, sondern im Allgemeinen (KB-8).

- 23 Die Klägerin 1 sandte der Beklagten den Distributionsvertrag zu und machte dadurch einen Antrag, welchen die Beklagte durch ihr Unterzeichnen annahm (KB-9, KB-10). Neu ist in diesem Vertrag das Vertragsgebiet bestimmt, womit es sich seit der ersten Anfrage der Beklagten an die Klägerin 2 um eine Änderung eines subjektiv wesentlichen Punktes handelt.
- 24 Bis zu jenem Zeitpunkt kann keine der Handlungen der Beklagten als absichtliche Täuschung qualifiziert werden.
- 25 Es existiert keine allgemeine Aufklärungspflicht (BUCHER, S. 220; BGE 116 II 431 E. 3a). Es bestand eine längere geschäftliche Beziehung zwischen der Beklagten und der Klägerin 1. Es handelte sich bis zum Abschluss des Distributionsvertrages aber um einzelne Kaufverträge und nicht um ein Dauerschuldverhältnis, wo eine Aufklärungspflicht bestehen könnte (BUCHER, S. 220). Des Weiteren ist jeder Fall einzeln zu beurteilen (BUCHER, S. 220). Es kann eine Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben bestehen, falls der eine Vertragspartner erkennt, dass der Andere sich aufgrund seines Verhaltens im Irrtum befindet oder wenn der Irrende besonders unkundig ist. Es kann auch eine Aufklärungspflicht bestehen, wenn dem Irrenden nicht zugemutet werden kann, die nötigen Fragen zu stellen (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 863). Die Klägerin 1 stellte keine Nachforschungen bezüglich des Zielgebietes der Lieferungen an, obwohl ihr zuzumuten war, diesbezügliche Fragen zu stellen. Zusätzlich lag es im Interesse der Klägerinnen, dass die Produkte abgesetzt werden konnten. Eine Informationspflicht wurde erst im Distributionsvertrag statuiert und bestand vorher nicht.

4.3.2 Täuschungsabsicht

- 26 Damit die eine Vertragspartei berechtigt ist den Vertrag einseitig aufzuheben, ist die Täuschungsabsicht der anderen Partei notwendig (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 864). Die Beklagte konnte nicht wissen, dass die Klägerin 1 vor Abschluss des Distributionsvertrages dachte, sie vertreibe die Produkte ausschliesslich im indischen Subkontinent. Die Beklagte äusserte sich in diesem Punkt deutlich, als sie sagte, die Produkte werden bei Bedarf nach Indien, Pakistan oder Bangladesh verschifft (KB-3). Es fehlt daher auch eine Absicht zur Täuschung auf Seite der Beklagten.

4.3.3 Kausalität

- 27 Es fehlte bereits an der absichtlichen Täuschung seitens der Beklagten, weshalb keine weiteren Ausführungen zur Kausalität gemacht zu werden brauchen.

4.4 Eventualiter

- 28 Nach Art. 31 OR muss die getäuschte Partei den Vertragspartner binnen Jahresfrist darüber informieren, dass der Vertrag nicht gültig sei oder eine bereits erfolgte Leistung zurückfordern. Die Jahresfrist ist eine Verwirkungsfrist. Nach Ablauf der Frist ist der Vertrag genehmigt und eine spätere Berufung auf die Unverbindlichkeit ist nicht mehr möglich. Die Erklärung, dass der Vertrag nicht gültig ist, ist an keine spezielle Form gebunden. Die irrende Partei braucht nicht den genauen Willensmangel zu bezeichnen, jedoch hat sie der anderen ausdrücklich oder konkludent zu verstehen zu geben, dass sie den Vertrag aufgrund eines Willensmangels aufzulösen wünscht (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 901 ff.; BGE 82 II 186, E. 3). Eine Genehmigung vor Ablauf der Frist ist möglich. Der Irrende muss dabei, trotz klarer Kenntnis des Irrtums, ausdrücklich oder stillschweigend zeigen, dass er den Vertrag weiterhin aufrecht erhalten möchte (GAUCH/SCHLUEP, Rz. 907; BGE 88 II 410 E. 2; BGE 98 II 96 E. 3). Genehmigt die Klägerin 1 den Vertrag innert Frist, so verwirkt sie ihr Recht, sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags zu berufen (HUGUENIN, OR AT, Rz. 461, 522.).
- 29 Im Juni 2009 entstand bei der Klägerin 2 ein erster Verdacht. Dieser erhärtete sich in den folgenden Wochen, bis Mitte Juli 2009 eindeutig festgestellt wurde von wem die Lieferungen an Jim's Gym stammten. Im Juli 2009 wurde dann der komplette Verwaltungsrat der Klägerin 2 informiert (SV-Erw., Nr. 4). Da zwei Mitglieder dieses Verwaltungsrates auch im Verwaltungsrat der Klägerin 1 sind, kann davon ausgegangen werden, dass der Verwaltungsrat der Klägerin 1 zum selben Zeitpunkt davon Kenntnis erhielt (SV-Erw., Nr. 2). Die Klägerin 1 dürfte somit ab Mitte Juni 2009 Kenntnis von den Lieferungen an Jim's Gym gehabt haben. Sie wusste demnach, dass die Lieferungen mangels Abnehmer nicht in den indischen Subkontinent weitergeliefert wurden. Die Klägerin 1 lieferte jedoch noch im August und September 2009 an die Beklagte. Sie führte seit der Kenntnisnahme also noch zwei weitere Bestellungen aus (KB-11). Sie stoppte die Lieferungen weder sofort, als sie von den Lieferungen an Jim's Gym erfuhr, noch nannte sie einen Grund als sie die Lieferungen später einstellte (BB-4). Durch die weiteren Lieferungen im August und September 2009 machte sie der Beklagten deutlich, dass sie den Vertrag weiterhin aufrecht erhalten möchte und die Lieferung weiterhin erbracht werden würden. Sie genehmigte den Vertrag somit konkludent vor Ablauf der Jahresfrist und kann sich daher später nicht wieder auf einen Irrtum berufen.

4.5 Fazit

- 30 Es fand keine absichtliche Täuschung seitens der Beklagten statt. Die einzelnen Kaufverträge und auch der Distributionsvertrag sind gültig zustande gekommen. Zusätzlich wurde keine Informationspflicht durch die Beklagte verletzt.
- 31 Eventualiter fand eine nachträgliche Genehmigung der Verträge durch die Klägerin 1 statt. Der einseitigen Auflösung des Vertrages durch die Klägerin 1 ist demnach nicht stattzugeben.

5. Rückabwicklung des Distributionsvertrages und Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR

5.1 Rückabwicklung des Distributionsvertrages

- 32 Ein Rücktrittsrecht nach Art. 107 ff. OR kommt bei einem Dauerschuldverhältnis nicht in Frage (HUGUENIN, OR AR, Rz. 1521). Da es sich beim Distributionsvertrag um ein solches handelt [Klageantwort (im folgenden KA genannt), Rz. 14], kann die Klägerin 1 davon nicht zurücktreten und diesen nicht rückabwickeln.
- 33 Eventualiter kann die Klägerin 1 den Distributionsvertrag mangels einer absichtlichen Täuschung (KA, Rz. 17 ff.) der Beklagten nicht einseitig aufheben (Art. 28 Abs. 1 OR). Der Vertrag kann somit nicht rückabgewickelt werden und ist gültig.
- 34 Subeventualiter scheidet eine Rückabwicklung daran, dass der Distributionsvertrag von der Klägerin 1 gemäss Rz. 28 ff. der Klageantwort konkludent genehmigt wurde.

5.2 Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR

- 35 Somit stellt sich die Frage, ob die Klägerin 1 von der Beklagten Schadenersatz aus einer Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR verlangen kann. Für die Geltendmachung von Art. 97 Abs. 1 OR muss eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig erfüllt worden und dem Gläubiger dadurch ein Schaden entstanden sein. Der Schuldner darf sich im Weiteren nicht durch einen Exkulpationsbeweis befreien können. Zusätzlich muss die Rechtswidrigkeit gegeben sein (BSK-OR I, Art. 97, Rz. 5 f.).

5.2.1 Positive Vertragsverletzung

- 36 Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine Nichterfüllung i.S. einer Unmöglichkeit, sondern höchstens um eine nichtgehörige Erfüllung, eine sog. positive Vertragsverletzung. Darunter fallen alle Verletzungen von vertraglichen Verpflichtungen, welche sich nicht durch Verzug oder durch die Nichterfüllung ergeben. Als positive Vertragsverletzungen gelten einerseits die

Schlechterfüllung und andererseits die Verletzung von Nebenpflichten (BSK-OR I, Art. 97, Rz. 25 ff.). Grundsätzlich stellt auch die Verletzung einer Unterlassungspflicht eine positive Vertragsverletzung dar (BK-WEBER, Art. 97 Rz. 55.).

- 37 Im vorliegenden Fall wurde in Art. 3 DV eine Unterlassungspflicht zulasten der beklagten Partei statuiert. Sie darf ausserhalb der Vertragsgebiete Indien, Pakistan und Bangladesh keine Kunden aktiv anwerben. Zusätzlich wird darin aber auch ein aktives Handeln der Beklagten verlangt, indem sie die Lieferantin umgehend informieren muss, wenn sie hinsichtlich des Verkaufs der Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets von Drittseite angegangen wird. Diese Bestimmung enthält somit eine Unterlassungspflicht und eine Pflicht zur aktiven Tätigkeit. Die Klägerin 1 behauptet, die Beklagte habe gegen diese Verpflichtung verstossen, weil Letztere ausserhalb der statuierten Gebiete tätig war (KS, Rz. 52). Sie beruft sich also auf die Verletzung der Unterlassungspflicht und nicht auf das aktive Tätigwerden (KS, Rz. 52). Da in einem Zivilprozess nach Schweizer Recht die Verhandlungsmaxime gilt (vgl. § 54 ZPO ZH, neu Art. 55 Abs. 1 eidg. ZPO), darf auch nur auf das eingegangen werden, was die Parteien einbringen. Tatsachen, die von den Parteien nicht behauptet worden sind, dürfen vom Gericht nicht berücksichtigt werden (MEIER, S. 383). Die Klägerin 1 bezieht sich dabei auf KB-14 und KB-16. Der Distributionsvertrag, mithin die Bestimmung von Art. 3, wurde am 30. März 2009 unterzeichnet. Das E-Mail von Jim's Gym an die Klägerin 2 (K-14) wurde am 20. Juni 2009 versandt. Darin erklärt Jim's Gym, es beziehe die Produkte schon seit mehr als einem Jahr von einem anderen Verkäufer, d.h. schon vor Juni 2008. Das aktive Anbieten, welches gemäss dem Distributionsvertrags unterlassen werden sollte, geschah also längst vor dessen Abschluss. Danach warb die Beklagte die Produkte nicht mehr aktiv bei Jim's Gym an, denn dieses wusste ab diesem Zeitpunkt, dass die Beklagte diese Produkte verkauft. Ein weiteres Anbieten seitens der Beklagten hat seit 2008 nicht mehr stattgefunden. Der Distributionsvertrag hat keine zeitlich rückwirkende Geltung, sondern nur Wirkung für die Zukunft. Nach dem Abschluss des Distributionsvertrags hat die Beklagte die Unterlassungspflicht, keine Kunden aktiv anzuwerben, nicht verletzt (KS, Rz. 52) und vorher wurde ihr keine solche Verpflichtung auferlegt (KA, Rz 25). Die Klägerin 1 beruft sich nicht auf die Verletzung, welche die Beklagte allenfalls begangen hat, indem sie die Lieferantin nicht informierte, als sie die Folgeanfragen von Jim's Gym erhalten hat (SV-Erw., Nr. 6). Aus diesem Grund darf dies auch nicht Gegenstand der Prüfung sein.

5.2.2 Schaden

- 38 Der Schaden ist eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 104 II 198, E. a).
- 39 Einen solchen erleidet eine Person jedoch nur, wenn sich die Verminderung ohne oder gegen deren Willen einstellt (VON THUR/PETER, S. 84). Die Klägerin 1 bezeichnet ihren Schaden als den zu tiefen Preis, welcher ausschliesslich aufgrund der absichtlichen Täuschung gewährt wurde (KS, Rz. 50). Es soll ihr deshalb der Preis zurückerstattet werden, welcher sie verlangt hätte, wenn sie nicht dem Willensmangel unterlegen wäre. Die Klägerin 1 sagt hingegen gleichzeitig, sie wäre „bestimmt kein Vertragsverhältnis mit der Beklagten eingegangen, wenn sie von den tatsächlichen Begebenheiten gewusst hätte“ (KS, Rz. 43). Die Klägerin 1 hat sich somit nicht über den Verkaufspreis geirrt, womit sie sich auch nicht darauf berufen kann, dass sie aufgrund des Irrtums den Preis zu tief angesetzt hat. Sie wäre dann gar kein Vertrag eingegangen und hätte gar kein Geld erhalten. Ein allfälliger entgangener Gewinn ist somit auch nicht möglich. Aus diesem Grund kann die Klägerin 1 nun nicht den Preisnachlass als Schaden beziffern. Dies widerspricht ihren eigenen Aussagen.
- 40 Die Behandlung eines Drittschadens, also des Schadens, der nicht beim ersatzberechtigten Gläubiger, sondern einem Dritten, i.c. der Klägerin 2, entstanden ist, ist umstritten. Nach allgemeinen Prinzipien ist ein solcher vom Schuldner nicht zu ersetzen (BGE 123 III 204, E. 2f; BSK-OR I, Art. 97, Rz. 40). Die Anwendung der Drittschadensliquidation wurde noch nicht entschieden (BGE 117 II 315, E. 5) und diese des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte abgelehnt (BGE 130 III 345, E. 1). Sie bilden im vorliegenden Fall deshalb keine Abhilfen für Klägerin 1 bzw. Klägerin 2. Insbesondere gibt es keine allgemeine Pflicht, fremdes Vermögen vor Einbussen zu schützen (4C.280/1999, E. 2c).

5.2.3 Kausalzusammenhang

- 41 Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die Vertragsverletzung für den Schadenseintritt eine *conditio sine qua non* ist (BGE 118 V 286, E. 1b; BSK-OR I, Art. 97, Rz. 41.). Der adäquate Kausalzusammenhang ist dann gegeben, wenn die Vertragsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen

Schaden des eingetretenen hervorzurufen (BGE 123 III 110, E. 3a; BSK-OR I, Art. 97, Rz. 41).

- 42 Die Beklagte hat ihre Unterlassungspflicht gemäss Art. 3 DV seit dem Distributionsvertragsabschluss nicht verletzt und es ist der Klägerin 1 keinen Schaden erstanden. Demnach ist auch der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang nicht gegeben.
- 43 Eventualiter würde dieser durch ein grobes Selbstverschulden der Klägerin 1 unterbrochen, sofern die Pflichtverletzung und der Schaden bejaht würden. Es wurde ausdrücklich erwähnt, dass die Klägerinnen 1 und 2 nie irgendwelche Recherchen getätigt haben, ob die Beklagte auch tatsächlich in den indischen Subkontinent verkaufte (SV-Erw., Nr. 14). Die Klägerin 1 war selbst nur froh, Gewinn zu erwirtschaften. Sie hatte kein anderweitiges Interesse, irgendwelche Abklärungen zu machen. Dies wäre für sie jedoch sehr bedeutsam gewesen, weil ihr dann kein Selbstverschulden zur Last hätte gelegt werden können. Schon nur wenige Abklärungen hätten gereicht, doch auch diese wurden von der Klägerin 1 nicht vorgenommen.

5.2.4 Exkulpationsbeweis

- 44 Das Verschulden wird bei Art. 97 Abs. 1 OR vermutet (BSK-OR I, Art. 97, Rz. 42). Da Art. 97 Abs. 1 OR an allen Voraussetzungen scheitert, muss die Beklagte auch keinen Exkulpationsbeweis erbringen.

5.2.5 Fazit

- 45 Seitens der Beklagten wurde die behauptete Unterlassungspflicht nicht verletzt, die Klägerin 1 hat keinen Schaden erlitten und Letztere trifft selbst ein Verschulden. Einen Schadenersatzanspruch der Klägerin 1 gegenüber der Beklagten nach Art. 97 Abs. 1 OR entfällt aus diesen Gründen.

5.3 Rückabwicklung der Kaufverträge und Schadenersatz aus Art. 41 OR

5.3.1 Voraussetzungen

- 46 Wie die Klägerin 1 selbst bestätigt, lag keine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR bezüglich der einzelnen Kaufverträge vor (KS, Rz. 58). Damit ist Art. 41 OR zu prüfen.
- 47 Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 41 OR ist das Vorliegen eines Schadens, der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründendem Verhalten und dem Schaden, die Widerrechtlichkeit oder anderweitige Vorwerfbarkeit der Schädigung und das Verschulden (BSK-OR I, Art. 41, Rz. 3 ff.).

5.3.2 Schaden

- 48 Die Klägerin 1 behauptet, durch Täuschungshandlungen der Beklagten einen Schaden erlitten zu haben. Gemäss Rz. 17 ff der Klageantwort lag bezüglich der einzelnen Kaufverträge jedoch nie eine Täuschung vor. Im Weiteren fehlt es an der Voraussetzung eines erlittenen Schadens. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 1 keine Vermögenseinbusse erlitten, da der erhebliche Preisnachlass von ihr selbständig und freiwillig gewährt wurde (SV-Erw., Nr. 11). Es ist also keine ungewollte Vermögenseinbusse (VON THUR/PETER, S. 84). Sie hat der Beklagten nicht ausdrücklich gesagt, dass sie ihr die Produkte ungefähr zur Hälfte des Verkaufspreises in der USA anbietet. Dies ist aus KB-2, welches von der Klägerin 1 als Beweismittel in Nr. 6 der Einleitungsanzeige angebracht wurde, nicht ersichtlich. Dass die Beklagte davon ausging, dass sie die Produkte vergünstigt bezieht, ändert am freiwilligen Preisnachlass durch die Klägerin 1 nichts, zumal die Beklagte auch nie nach einen tieferen Kaufpreis verlangt hat [Anzeige der Widerklage (im folgenden AW genannt), Nr. 4].
- 49 Eventualiter hat die Klägerin 1 in ihrer Klageschrift nicht substantiiert behauptet, welches ihre Schadenposten sind und woraus sich diese spezifisch ergeben (KS, Rz. 58). Der „noch verbleibende Schaden aufgrund der entgangenen Verkäufe an Jim’s Gym“ wurde nicht beziffert. Es ist also nicht ersichtlich, wie gross ein allfälliger Schaden schon vor dem Distributionsvertrag bestanden hat.

5.3.3 Kausalzusammenhang

- 50 Aufgrund des Fehlens eines haftungsbegründenden Verhaltens als Ursache und eines Schadens als eingetretener Erfolg, entfällt auch der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang.
- 51 Die Möglichkeit, die Beklagte aufgrund einer Unterlassung haftpflichtig zu machen, fällt ebenfalls weg. Nur wenn die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, eine Änderung des Kausalablaufes vorzunehmen, könnte ihr ein solcher Vorwurf gemacht werden. Hierzu bräuchte es jedoch eine Pflicht zum Handeln (BSK-OR I, Art. 41, Rz. 18). Diese (KA, Rz. 25) und auch der notwendige Schadenseintritt (KA, Rz. 48) bestand jedoch nicht.

5.3.4 Widerrechtlichkeit

- 52 Das Bundesgericht geht von einer objektiven Widerrechtlichkeitstheorie aus (BGE 123 III 306). Danach ist eine Schadenszuführung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine Pflicht verstösst (BSK-OR I- Art. 41, Rz. 31). Der Verstoss liegt in einem schädigenden Verhalten, das gegen eine Norm verstösst, die ein absolutes Recht schützt oder die aufgrund

ihres Schutzzweckes ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbietet (CHK- MÜLLER, OR 41, Rz. 44 f.). Im vorliegenden Fall geht es um einen reinen Vermögensschaden der Klägerin 2.

53 Die Klägerin 1 behauptet, die Widerrechtlichkeit sei durch die Täuschung (Art. 28 OR) gegeben, weil diese eine solche Schutznorm darstellt (KS, Rz. 59). Eine solche hat gemäss Rz. 17 ff der Klageantwort aber nicht stattgefunden, weshalb die Haftungsgrundlage von Art. 41 Abs. 1 OR weiterhin an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit scheitert. Eine andere Widerrechtlichkeitsgrundlage i.S. eines Verstosses gegen eine Schutznorm, die das Vermögen schützt, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere gibt es keine allgemeine Pflicht, fremdes Vermögen vor Einbussen zu schützen (BGE 4C.280/1999, E. 2c).

5.3.5 Verschulden

54 Als weitere Voraussetzung müsste sodann das Vorliegen eines Verschuldens bejaht werden können. Mangels einer absichtlichen Täuschung seitens der Beklagten, hat diese auch keine Sorgfaltspflicht, die ihr mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen erwachsen sein könnte, verletzt (KS, Rz. 62 mit Verweis auf SCHNYDER et al., S. 81 f.). Die Beklagte trifft kein Verschulden.

5.3.6 Fazit

55 Da die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 OR nicht erfüllt sind, hat die Klägerin 1 gestützt auf diese Haftungsgrundlage keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte.

6. Alternativansprüche

56 Die Klägerin 1 beruft sich im Weiteren auf einen allfälligen Anspruch aus einer bösgläubigen unechten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 OR (KS, Rz. 65 ff).

6.1 Bösgläubige unechte GoA nach Art. 423 OR seit dem Distributionsvertrag

57 Art. 423 OR regelt die bösgläubige unechte GoA. Bei dieser fehlt der Geschäftsführerin im Gegensatz zu der echten GoA der Fremdgeschäftsführungswille. Sie greift in einen fremden Interessenkreis ein, mit der Absicht sich selbst zu begünstigen. Dabei weiss oder muss sie wissen, dass sie ohne Rechtfertigungsgrund in die fremde Rechtssphäre eingreift (HUGUENIN, OR BT, Rz. 893 ff).

6.1.1 Kein Vorliegen eines Auftrags und fremdes Geschäft

58 Im vorliegenden Fall liegt kein Auftrag der Klägerin 1 an die Beklagte vor, die Produkte ausserhalb des Vertragsgebiets (Art. 3 DV) zu veräussern. Dies ist das Geschäftsgebiet der

Klägerin 2, also der Geschäftsherrin, was die Beklagte jedoch nicht wusste. Die Klägerin 1 geht in Rz. 68 f. ihrer Klageschrift von der Anmassungstheorie aus, verkennt aber, dass die Klägerin 1 nicht für den Verkauf zuständig war und auch nicht in Vertretung der Klägerin 2 handelte (Bürgi-Wyss, S. 195 f.). Die Klägerin 1 kann der Beklagten somit auch keine Erlaubnis erteilen. Die Beklagte hat sich demnach kein Recht der Klägerin 1 angemasst, weshalb der Verkauf der Beklagten in die USA auch keinen Eingriff in die Rechtssphäre der Klägerin 1 darstellt.

6.1.2 Kein Interesse der Geschäftsherrin und keine Gebotenheit der Geschäftsführung

59 Die Verkäufe an Jim's Gym waren nicht geboten und die Geschäftsherrin, also die Klägerin 2, hatte kein solches Interesse. Die Beklagte sieht dies ein, doch wusste sie im Zeitpunkt der Verkäufe an Jim's Gym von der fehlenden Gebotenheit nichts. Im Weiteren ist die Klägerin 1 nicht Geschäftsherrin, weshalb sie sich nicht darauf berufen kann.

6.1.3 Bösgläubiges Handeln

60 Bösgläubig handelt die Geschäftsführerin, wenn sie weiss oder wissen müsste, dass kein Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die fremde Rechtsphäre besteht (HUGUENIN, OR BT, Rz. 899). Im Gegensatz dazu handelt es sich um eine gutgläubige unechte GoA, wenn die Geschäftsführerin zwar in eine fremde Rechtssphäre eingreift, aber subjektiv der Überzeugung ist, dass sie in eigener Angelegenheit handle (HUGUENIN, OR BT, Rz. 894).

61 Die Klägerin 1 behauptet, die Beklagte habe bösgläubig gehandelt, weil Letztere wusste, was Art. 3 DV ihr ge- und verbiete (KS, Rz. 70). Die Beklagte aber wusste nicht, dass es ausschliesslich die Klägerin 2 war, die nach Amerika verkaufen durfte. Dies wurde ihr so nie ausdrücklich mitgeteilt. Der Distributionsvertrag besagt nicht, wer für das Gebiet der USA zuständig ist, sondern nur, dass es die Klägerin 1 nicht ist (Präambel DV). Auch in der Sachverhaltserwägung Nr. 3 wird festgehalten, dass die Beklagte über weitere Details keine Kenntnis hatte.

62 Subjektiv war die Beklagte also der Überzeugung, dass sie in eigener Angelegenheit handle, auch wenn sie das Vertragsgebiet überschritten hat. Somit handelt es sich nicht um eine bösgläubige, sondern eine gutgläubige GoA, deren Rechtsfolgen sich nach Art. 62 OR richten (HUGUENIN, OR BT, Rz. 898).

6.1.4 Fazit

63 Neben der fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin 1 fehlt es der Beklagten an der Bösgläubigkeit, womit der Anspruch der Klägerin 1 auf Herausgabe der aus der Geschäftsführung entspringenden Vorteile gemäss Art. 423 OR gegenüber der Beklagten scheitert.

6.2 Bösgläubige unechte GoA vor dem Distributionsvertrag

64 Es bestand kein vertragliches Verhältnis für die Verkäufe an Jim's Gym und es handelt sich um fremde Geschäfte (KA, Rz. 58). Die Verkäufe an Jim's Gym waren auch vor dem Distributionsvertrag nicht geboten und die Geschäftsherrin hatte kein solches Interesse. Die Beklagte wusste aber auch vor dem Abschluss des Distributionsvertrages nicht, dass die Klägerin 2 für den Vertrieb in die USA zuständig ist. Im Weiteren wird auf Rz. 59 der Klageantwort verwiesen.

65 Für das bösgläubige Handeln wird auf Rz. 60 ff. der Klageantwort verwiesen. Somit handelt es sich auch hier nicht um eine bösgläubige GoA.

66 Die Klägerin 1 kann die aus der Geschäftsführung entstandenen Vorteile während den einzelnen Kaufverträgen gestützt auf Art. 423 Abs. 1 von der Beklagten nicht heraus verlangen.

6.3 Erstattung des einggenommenen Gewinns nach Art. 62 OR aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrages

67 Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt dann vor, wenn jemand in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist (Art. 62 Abs. 1 OR).

6.3.1 Bereicherung des Bereicherungsschuldners

68 Die Beklagte ist durch den Verkauf an Jim's Gym bereichert worden, da Erstere die Produkte billiger beziehen und veräussern konnte. Somit entstand eine quantitative Kaufsteigerung bei der Beklagten und ein Rückgang beim ursprünglichen Lieferant von Jim's Gym, der Klägerin 2. Die Bereicherung besteht im Umfang von der Differenz des modifizierten Kaufpreises und den Einnahmen der Beklagten aus dem Verkauf (KS, Rz. 81).

6.3.2 Entreicherung des Bereicherungsgläubigers

69 Das Tatbestandselement der Entreicherung ist sehr umstritten. Während einige Autoren (KELLER/SCHAUFELBERGER, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, HOFSTETTER) auf das Erfordernis der Entreicherung verzichten möchten, stellen andere Autoren (TERCIER, PETITPIERRE) auf die ursprüngliche Auffassung vom Erfordernis einer Entreicherung ab

(BÜRGI-WYSS, S. 107 f.). Gemäss der Auslegung dieser Bestimmung darf auf dieses Erfordernis nicht verzichtet werden (BÜRGI-WYSS, S. 111 ff.). Das Bundesgericht spricht sich ebenfalls klar für das Erfordernis einer Entreicherung aus (BGE 99 II 131, E. 6c, bestätigt in BGE 117 II 404 E. 3d).

70 Bei einer Entreicherung wird eine Verminderung des Nettovermögens i.S. der Differenzhypothese verlangt (BÜRGI-WYSS, S. 125). Bei der Klägerin 1 ist keine Entreicherung eingetreten. Sie behauptet jedoch, die Klägerin 2 habe eine Verkaufseinbusse erlitten (KS, Rz. 83). Eine Verkaufseinbusse ist aber gerade keine Verminderung des Nettovermögens, wenn die allfälligen Forderungen der Klägerin 2 gegenüber Jim's Gym für die zukünftigen Verkäufe noch nicht rechtlich bestehen. Die blossе Möglichkeit solcher Forderungen kann nicht als Verminderung des Nettovermögens zu zählen sein. Die Bestellungen von Jim's Gym bei der Klägerin 2 waren nicht von Beginn an definiert, sondern ergingen je nach Bedarf (KB-13). Somit bestand vor dem jeweiligen Bestelleingang rechtlich noch keine Forderung der Klägerin 2 gegenüber Jim's Gym. Eine Entreicherung hat die Klägerin 2 deshalb nicht erlitten. Zusätzlich kann sich die Klägerin 1 nicht darauf berufen.

6.3.3 Keine Rechtfertigung für die Bereicherung

71 Dass die Beklagte bereichert worden ist, rechtfertigt allein keinen Anspruch nach Art. 62 Abs. 1 OR. Die Bereicherung bei der Beklagten ist ohne Entreicherung bei der Klägerin 1 entstanden und auf einem wettbewerbsfähigen Markt nicht aussergewöhnlich. Die Bereicherung ist somit nicht ungerechtfertigt.

72 Die Beklagte wusste zudem nicht, dass nur die Klägerin 2 in die USA verkaufen durfte. Aus diesen Gründen kann dies auch als Selbstverschulden der Klägerin 1 qualifiziert werden, weil sie die Beklagte nie über diesen Umstand informierte.

6.3.4 Fazit

73 Die Klägerin 1 hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR.

6.4 Erstattung des eingenommenen Gewinns vor dem 30. März 2009 nach Art. 62 OR

74 Es wird auf die Ausführungen von Rz. 67 ff. der Klageantwort verwiesen. Es liegt entgegen der Behauptungen der Beklagten keine Unrechtmässigkeit in der Art und Weise, mit der die Beklagte sich aufgrund der Vertriebsgebiete einen günstigen Einkaufspreis sicherte und dennoch in den amerikanischen Markt lieferte, vor (KS, Rz. 89). Zunächst hat die Beklagte die

Klägerin 1 nie getäuscht (KA, Rz. 17 ff.) und im Weiteren wusste sie nichts davon, dass das Verkaufsgebiet der USA ausschliesslich der Klägerin 2 zugewiesen war (KA, Rz. 48, 61).

6.4.1 Zwischenfazit

75 Die Klägerin 1 hat damit auch keinen Anspruch gegen die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung aus Art. 62 Abs. 1 OR für den Zeitraum vor dem Distributionsvertragsabschluss.

6.5 Fazit

76 Alle geltend gemachten Ansprüche der Klägerin 1 gegen die Beklagte scheitern im vorliegenden Fall. Weitere allenfalls bestehende Ansprüche wurden nicht eingeklagt, weshalb die Klage vollumfänglich abzuweisen ist.

7. Anspruch der Klägerin 2

7.1 Unechte GoA nach Art. 423 OR seit dem Distributionsvertrag

77 Die Klägerinnen versuchen einen Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus der unechten GoA zu konstruieren, in dem sie sich mittels der Weiterentwicklung der Anmassungstheorie darauf berufen, die Beklagte hätte sich eigenmächtig die Erlaubnis der Geschäftsführung erteilt (KS, Rz. 69). Die Klägerinnen verkennen hierbei jedoch, dass die Beklagte in keinerlei Vertragsverhältnis mit der Klägerin 2 steht und Letztere sich somit auf keine vertragliche Unterlassungspflicht berufen kann, bezüglich welcher die Beklagte sich eigenmächtig eine Erlaubnis hätte erteilen können. Die Klägerin 2 hat somit keinen Anspruch aus unechter GoA nach Art. 423 OR gegen die Beklagte, da Letztere kein Geschäft der Klägerin 2 geführt hat.

7.2 Unechte GoA nach Art. 423 vor dem Distributionsvertrag

78 Dieser Anspruch der Klägerin 2 scheidet ebenfalls an der Tatsache, dass sie keinen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen hat. Die Klägerinnen stützen den Anspruch darauf, dass die Beklagte widerrechtlich gehandelt haben soll, in dem sie Art. 28 OR als Schutznorm verletzt habe. Dadurch sollte die Fremdheit des Geschäftes begründet werden (KS, Rz. 77). Die Klägerin 2 hat aber keinen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen. Wenn sie aber keinen Vertrag abgeschlossen hat, kann sie auch nicht zum Abschluss eines Vertrages verleitet worden sein. Die Klägerin 2 kann somit Art. 28 OR nicht als Schutznorm heranziehen um

eine Widerrechtlichkeit zu begründen. Der Anspruch der Klägerin 2 gegen die Beklagte aus unechter GoA scheitert an der Fremdheit der von der Beklagten geführten Geschäfte.

7.3 Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR nach dem Distributionsvertrag.

79 Für die Begründung, weshalb die Bereicherung ungerechtfertigt sei, stützen sich die Klägerinnen auf den Distributionsvertrag, da in diesem der Vertrieb ausserhalb der erwähnten Gebiete untersagt wurde. Die Klägerin 2 ist nicht Partei des Distributionsvertrages. Dies bedeutet, dass sie sich nicht auf den Vertrag berufen kann, um die Rechtswidrigkeit einer Handlung zu begründen, da ein Vertrag grundsätzlich nur die vertragsschliessenden Parteien bindet.

7.4 Anspruch aus Ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR vor dem Distributionsvertrag

80 Die Klägerinnen begründen diesen Anspruch erneut mit Art. 28 OR als Schutznorm. Es gilt auch hier, dass die Klägerin 2 niemals einen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen hat, und sich die Klägerin 2 folglich nicht darauf berufen kann, beim Vertragsabschluss getäuscht worden zu sein.

7.5 Fazit

81 Die Klägerin 2 hat keine Ansprüche gegen die Beklagte.

8. Widerklage

82 Da es sich bei einer Widerklage um ein rechtliches Verhältnis zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten aus dem Distributionsvertrag handelt, ist das Schiedsgericht verfahrensrechtlich ebenfalls für die Behandlung der Widerklage zuständig.

8.1 Keine Verrechnung

83 Wie die Klägerinnen in der Klageschrift Rz. 93 anerkennen, hat die Beklagte eine Forderung von CHF 500.000.- gegen die Klägerin 1. Letztere hat die Lieferung bezahlt, aber nicht erhalten. Die von den Klägerinnen behaupteten Forderungen bestehen nicht. Einer Verrechnung fehlt es somit an der Hauptvoraussetzung einer bestehenden Schuld der Beklagten.

8.2 Fazit

84 Die Klagen sind vollumfänglich abzuweisen und die Klägerin 1 ist zu verpflichten, der Beklagten CHF 500.000.- zzgl. 5% Zins seit dem 28. November zu bezahlen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8.